

Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz



Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|----------|
| 1. Die Rechts- und Handlungsfähigkeit | 5 |
| 2. Die Rechtsfähigkeit | 5 |
| I. Der Grundsatz | 5 |
| II. Grenzen der Rechtsfähigkeit | 5 |
| 3. Die Handlungsfähigkeit | 5 |
| I. Die Bedeutung der Handlungsfähigkeit | 5 |
| 1. Der Begriff | 5 |
| 2. Das Rechtsgeschäft | 6 |
| a) Der Begriff | 6 |
| b) Die rechtsgeschäftsähnlichen Handlungen | 6 |
| c) Das Rechtsgeschäft im Verfahren | 6 |
| II. Die Voraussetzungen der Handlungsfähigkeit | 6 |
| 1. Die Mündigkeit | 6 |
| a) Das Erreichen des 18. Lebensjahres | 6 |
| b) Die Eheschliessung | 6 |
| c) Die Mündigerklärung | 7 |
| 2. Keine Entmündigung | 7 |
| 3. Die Urteilsfähigkeit | 7 |
| a) Der Begriff | 7 |
| b) Die Fähigkeit, vernunftgemäss zu handeln | 7 |
| c) Die gesetzlichen Ursachen der Beeinträchtigung der Fähigkeit, vernunftgemäss zu handeln | 8 |
| d) Die Relativität der Urteilsfähigkeit | 8 |
| e) Die Vermutung der Urteilsfähigkeit | 8 |
| III. Einschränkungen der Handlungsfähigkeit | 9 |
| 1. Eherechtliche Einschränkungen | 9 |
| 2. Die Beiratschaft | 9 |
| 4. Die Handlungsunfähigkeit | 9 |
| I. Die Bedeutung der Handlungsunfähigkeit | 9 |
| 1. die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts | 9 |
| a) Der Grundsatz | 9 |
| b) Die Unterlassungshandlung | 9 |
| 2. Beschränkungen der Handlungsunfähigkeit | 9 |
| a) Im allgemeinen | 9 |
| b) Der Realakt | 10 |
| c) Die rechtswidrige Handlung aus Verschulden | 10 |
| d) Das menschliche Verhalten | 10 |
| II. Die beschränkte Handlungsfähigkeit der urteilsfähigen unmündigen oder entmündigten Personen | 11 |
| 1. Die Funktion des gesetzlichen Vertreters | 11 |
| 2. Die mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters abgeschlossenen Rechtsgeschäfte | 11 |
| a) Die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters | 11 |
| b) Die Rechtslage im Falle der Verweigerung der Genehmigung | 11 |
| c) Die vorausgehende allgemeine Zustimmung betreffend ein bestimmtes Vermögen | 12 |

| | |
|--|-----------|
| 3. Rechtsgeschäfte, die vom beschränkt Handlungsfähigen allein abgeschlossen werden können | 12 |
| a) Rechtsgeschäfte, die keine Verpflichtung nach sich ziehen | 12 |
| b) Die höchstpersönlichen Rechte | 12 |
| 4. Die Verschuldensfähigkeit | 12 |
| III. Die volle Handlungsunfähigkeit der urteilsunfähigen Personen | 13 |
| 1. Der Grundsatz | 13 |
| a) Die Folgen der vollen Handlungsunfähigkeit | 13 |
| b) Die Beschränkungen in der Vertretungsbefugnis des gesetzlichen Vertreters | 13 |
| 2. Die Rechtsfolgen, die ohne die Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters in der Person des Urteilsunfähigen entstehen können | 13 |
| 14. Der Schutz der Persönlichkeit im allgemeinen | 13 |
| 15. Der Schutz der Freiheit der Person | 14 |
| I. Die Unverzichtbarkeit der Rechts- und Handlungsfähigkeit | 14 |
| II. Übermäßige Beschränkung der Freiheit | 14 |
| 1. Grundsatz | 14 |
| 2. Anwendungsfälle | 14 |
| a) Bindungen, die wegen ihrer Intensität und Dauer übermäßig sind | 14 |
| b) Bindungen, die wegen ihres Gegenstandes übermäßig sind | 15 |
| c) Besondere Bestimmungen | 15 |
| III. Die Rechtsfolgen | 15 |
| 16. Der Schutz vor Persönlichkeitsverletzungen | 15 |
| I. Der Begriff der Persönlichkeitsrechte | 15 |
| 1. Im allgemeinen | 15 |
| 2. Die physische Persönlichkeit | 15 |
| 3. Die affektive Persönlichkeit | 15 |
| 4. Die soziale Persönlichkeit | 16 |
| a) Der Schutz der Privatsphäre | 16 |
| b) Der Schutz der Ehre | 16 |
| c) Der Schutz des Namens | 16 |
| d) Die Wirtschaftsfreiheit | 16 |
| 5. Die Rechtsnatur der Persönlichkeitsrechte | 16 |
| a) Absolute Rechte | 16 |
| b) Rechte nicht vermögensrechtlicher Natur | 16 |
| c) Nicht übertragbare Rechte | 16 |
| d) Höchstpersönliche Rechte | 17 |
| II. Die Widerrechtlichkeit der Persönlichkeitsverletzung | 17 |
| 1. Der Grundsatz der Widerrechtlichkeit der Verletzung | 17 |
| 2. Die Rechtfertigungsgründe | 17 |
| a) Die Einwilligung des Verletzten | 17 |
| b) Ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse | 17 |
| c) Das Gesetz | 17 |
| 3. Folgen der Widerrechtlichkeit einer Persönlichkeitsverletzung | 18 |
| III. Die Prozessbefugnis | 18 |
| 1. Die Kläger | 18 |
| 2. Die Beklagten | 18 |
| IV. Die besonderen Klagen zum Schutz der Persönlichkeit | 18 |
| 1. Die Unterlassungsklage | 18 |

| | |
|---|----|
| 2. Die Beseitigungsklage | 18 |
| 3. Die Klage auf Feststellung der Widerrechtlichkeit der Verletzung | 18 |
| 4. Die Mitteilung an Dritte | 19 |
| V. Die anderen Klagen im Bereich des Persönlichkeitsschutzes | 19 |
| 1. Die Schadenersatzklage | 19 |
| 2. Die Genugtuungsklage | 19 |
| 3. Die Klage auf Gewinnherausgabe | 19 |
| VI. Der Gerichtsstand | 19 |
| VII. Die vorsorglichen Massnahmen | 19 |
| 1. Voraussetzungen und Inhalt der vorsorglichen Massnahmen | 20 |
| a) Voraussetzungen | 20 |
| b) Der Inhalt der Massnahmen | 20 |
| 2. Die Sonderregelung für periodisch erscheinende Medien | 20 |
| 3. Das Verfahren | 20 |
| 4. Die Vollstreckung der Massnahme | 21 |
| 5. Die Klage in der Sache | 21 |
| 6. Der Schadenersatz | 21 |
| VIII. Das Gegendarstellungsrecht | 22 |
| 1. Die periodisch erscheinenden Medien | 22 |
| 2. Die Person muss in ihrer Persönlichkeit betroffen sein: das Recht auf die Wahrheit über persönliche Tatsachen | 22 |
| 3. Das Recht auf Gegendarstellung gilt nur bei Tatsachendarstellungen | 22 |
| 4. Die Form der Tatsachendarstellung | 22 |
| 5. Der Ausschluss der Gegendarstellung bei der Wiedergabe der öffentlichen Verhandlungen einer Behörde | 22 |
| 6. Die Ausübung des Gegendarstellungsrecht | 23 |
| a) Das Recht, von der bestrittenen Darstellung Kenntnis zu nehmen | 23 |
| b) Die Form der Gegendarstellung | 23 |
| c) Der Inhalt der Gegendarstellung | 23 |
| d) Das Gesuch um Veröffentlichung | 23 |
| e) Der Entscheid des Medienunternehmens | 23 |
| 7. Die Veröffentlichung der Gegendarstellung | 23 |
| a) Die Modalitäten der Veröffentlichung | 23 |
| b) Das beschränkte Recht auf Replik | 23 |
| c) Die Kostenlosigkeit der Gegendarstellung | 23 |
| 8. Die Anrufung des Richters | 23 |

1. Die Rechts- und Handlungsfähigkeit

Jedem Menschen wird durch die Rechtsordnung die Fähigkeit zuerkannt, Träger von Rechten und Pflichten zu sein. Jede Person besitzt diese als Rechtsfähigkeit bezeichnete Eigenschaft. Das bedeutet, dass die Person Rechte erwerben, behalten und darüber verfügen kann, doch schliesst das nicht die Fähigkeit mit ein, über diese Rechte auch durch eigenes Handeln zu bestimmen. Hierfür bedarf die Person zusätzlich der Handlungsfähigkeit. Die Rechtsfähigkeit geht aus *Art. 11 ZGB* hervor, währenddem die Handlungsfähigkeit in *Art. 12–19 ZGB* geregelt ist.

Die Bestimmungen des ZGB über die Rechts- und Handlungsfähigkeit haben eine sehr allgemeine Bedeutung, die weit über das Zivilrecht hinausreicht.

2. Die Rechtsfähigkeit

I. Der Grundsatz

Wie aus *Art. 11 Abs. 1 ZGB* hervorgeht, beinhaltet der Begriff der Person notwendigerweise die Rechtsfähigkeit. Diese ist definiert als die Fähigkeit, Rechte und Pflichten zu haben. Sie besteht unabhängig vom Willen oder Verhalten der Person.

Die Rechtsfähigkeit schliesst die Eigenschaft ein, in einem Verfahren Partei sein zu können, die Parteifähigkeit. Da die Rechtsfähigkeit jeder Person zukommt, steht diese Fähigkeit jedem Menschen in gleicher Weise zu (*Art. 11 Abs. 2 ZGB*). Gerade hier gilt der absolute Gleichheitsgrundsatz unserer Rechtsordnung.

II. Grenzen der Rechtsfähigkeit

Art. 11 Abs. 2 ZGB weist darauf hin, dass das Gesetz die Rechtsfähigkeit begrenzen und damit auch das Gleichheitsprinzip einschränken kann. Dieser Vorbehalt ist als gesetzliche Grundlage für die durch solche Einschränkungen verursachte Ungleichbehandlung notwendig, zumindest insoweit, als diese nicht auf einer Ungleichheit der tatsächlichen Situation beruht. Diese Ausnahmen sollten jedoch nur sehr restriktiv gehandhabt werden.

3. Die Handlungsfähigkeit

I. Die Bedeutung der Handlungsfähigkeit

1. Der Begriff

Art. 12 ZGB definiert die Handlungsfähigkeit als die Fähigkeit, durch seine Handlungen Rechte und Pflichten zu begründen. Diese Fähigkeit bezieht sich auch auf die Änderung, die Beendigung und die Übertragung von Rechten und Pflichten.

Das Fehlen der Handlungsfähigkeit bedeutet nicht notwendigerweise, dass die betreffende Person in keiner Weise befähigt wäre, Rechte und Pflichten zu begründen, oder dass ihr Handeln ohne rechtliche Wirkung (nicht) wäre. Denn die Handlungsfähigkeit ist nicht in allen Fällen vollständig. Sie kennt wichtige Einschränkungen, die im wesentlichen aus *Art. 19 ZGB* hervorgehen. Diese Bestimmung gewährt der urteilsfähigen minderjährigen oder entmündigten Person eine gewisse (beschränkte) Fähigkeit, Rechte und Pflichten zu erwerben, und insbesondere die Befugnis, mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters Verpflichtungen einzugehen. Aus diesem Grunde kann man mit Bezug auf *Art. 12 ZGB* von voller Handlungsfähigkeit sprechen.

Nach dem Gesetz ist den Personen ohne Handlungsfähigkeit die tatsächliche oder vermutete Unfähigkeit zur Willensbildung bezüglich einer bestimmten Rechtsfolge gemeinsam. Des-

halb ist die Handlungsfähigkeit im Sinne von *Art. 12 ZGB* eine Voraussetzung zur Begründung von Rechten und Pflichten, wenn es sich um Handlungen handelt, deren Rechtsfolge an die Willenserklärung der Person gebunden ist.

Der Begriff der Handlung ist nicht immer auf die gleiche Weise definiert. Im Rechtssinne kann man zunächst zwischen den rechtmässigen und den rechtswidrigen Handlungen unterscheiden. Hier werden zunächst die Rechtsgeschäfte hervorzuheben sein, die rechtmässige Handlungen sind.

2. Das Rechtsgeschäft

a) Der Begriff Das Rechtsgeschäft ist eine Willenserklärung, die bezweckt und geeignet ist, die dem Willen entsprechende Rechtsfolge herbeizuführen. Die handlungsfähige Person hat die Fähigkeit, Rechtsgeschäfte vorzunehmen.

b) Die rechtsgeschäftsähnlichen Handlungen Rechtsgeschäftsähnliche Handlungen sind Handlungen, deren Rechtswirkung an eine Willenserklärung gebunden ist, ohne dass diese Erklärung unmittelbar darauf gerichtet sein muss, diese Wirkung herbeizuführen. Wenn etwa der Gläubiger dem Schuldner aus einem Vertrag gemäss *Art. 107 Abs. 1 OR* eine Frist zur Erfüllung setzt, so erwirbt er damit das in *Art. 107 Abs. 2 OR* enthaltene Recht, nach Ablauf dieser Frist vom Vertrag zurückzutreten oder Schadenersatz zu verlangen, auch wenn diese Wirkung nicht Gegenstand seiner Willensbildung gewesen war.

In diesen Fällen knüpft die Rechtsfolge an eine Willenserklärung an, ohne dass diese notwendigerweise auf jene Wirkung gerichtet gewesen sein muss. Bezüglich der Handlungsfähigkeit werden solche Handlungen wie Rechtsgeschäfte beurteilt.

c) Das Rechtsgeschäft im Verfahren Gemäss *Art. 12 ZGB* kann die handlungsfähige Person ganz allgemein die an ihre Rechtsgeschäfte anknüpfenden Rechtsfolgen bewirken. Es ergibt sich aus dieser Bestimmung des Bundesrechts, dass diese Person auch fähig ist, vor dem Richter den Schutz ihrer Rechte geltend zu machen (klagen oder sich als Beklagte verteidigen, Begehren stellen usw.). Sie verfügt damit über die Prozessfähigkeit.

II. Die Voraussetzungen der Handlungsfähigkeit

Gemäss *Art. 13 ZGB* setzt die Handlungsfähigkeit im Sinne von *Art. 12 ZGB* voraus, dass die Person die Mündigkeit und die Urteilsfähigkeit besitzt. Der Begriff der Mündigkeit kann hier in einem weiten Sinn verstanden werden, indem er das Fehlen sowohl der Unmündigkeit als auch der Entmündigung voraussetzt (vgl. *Art. 17 ZGB*).

1. Die Mündigkeit

In *Art. 14 f. ZGB* ist der Begriff der Mündigkeit nicht soweit gefasst wie in *Art. 13 ZGB*, denn es wird auf die Möglichkeit der Entmündigung nicht Bezug genommen.

Die Mündigkeit wird durch das Erreichen des 18. Lebensjahres (Volljährigkeit), durch die Heirat oder durch die Mündigerklärung erworben.

a) Das Erreichen des 18. Lebensjahres Das Erreichen des 18. Lebensjahres (*Art. 14 Abs. 1 ZGB*) ist die ordentliche Art des Erwerbs der Mündigkeit, die kraft Gesetzes erfolgt.

b) Die Eheschliessung *Aufgehoben.*

c) **Die Mündigerklärung** Die Mündigerklärung bezweckt, in gewissen Ausnahmefällen das Mündigkeitsalter herabzusetzen. Im allgemeinen war die Praxis in der Schweiz schon sehr zurückhaltend, als das Mündigkeitsalter noch 20 Jahre betrug. Die Institution der Mündigerklärung ist deshalb nur von sehr geringer Bedeutung.

2. Keine Entmündigung

Die Entmündigung ist der Entscheid einer Behörde, durch den einer mündigen Person die meisten der an die Mündigkeit anknüpfenden zivilrechtlichen Wirkungen entzogen werden. Sie hat den Verlust der Handlungsfähigkeit im Sinne von *Art. 12 ZGB* zur Folge (*Art. 13 und 17 ZGB*). Ein gesetzlicher Vertreter muss bestimmt werden, nämlich ein Vormund (*Art. 379 ZGB*) oder ausnahmsweise die Eltern (*Art. 385 Abs. 3 ZGB*). Die Entmündigung ist zu publizieren und kann alsdann auch gutgläubigen Dritten entgegengehalten werden (*Art. 375 ZGB*).

Es handelt sich um eine Massnahme, die den Schutz sowohl des Entmündigten wie der Familie und anderer Drittpersonen bezweckt. Die Entmündigung kann nur in den in *Art. 369–372 ZGB* abschliessend aufgezählten Fällen ausgesprochen werden. Die Voraussetzungen, das Verfahren und die Wirkungen der Entmündigung sind im Vormundschaftsrecht geregelt.

3. Die Urteilsfähigkeit

Die Urteilsfähigkeit ist bezüglich der Handlungsfähigkeit von grundlegender Bedeutung. Zum einen stellt sie eine Voraussetzung der Handlungsfähigkeit im Sinne von *Art. 12 ZGB* dar. Zum andern ist die Urteilsfähigkeit eine Voraussetzung dafür, dass die handlungsunfähigen Personen in gewissen Grenzen Handlungen vornehmen können, die rechtlich wirksam sind (vgl. *Art. 19 ZGB*).

a) **Der Begriff** Die in *Art. 16 ZGB* enthaltene Definition stützt sich auf eine doppelte Negation. Fragt man nach der Urteilsunfähigkeit, so ergeben sich aus dieser Bestimmung zwei kumulative Voraussetzungen:

1. Das Fehlen der Fähigkeit, vernunftgemäss zu handeln,
2. verursacht durch Kindesalter, Geisteskrankheit, Geistesschwäche, Trunkenheit oder ähnliche Zustände.

Wenn (zumindest) eine dieser Voraussetzungen nicht erfüllt ist, ist die Person urteilsfähig.

b) **Die Fähigkeit, vernunftgemäss zu handeln** Die Fähigkeit, vernunftgemäss zu handeln, nimmt Bezug auf das Denken und den Willen der Person. Sie setzt das Bestehen zweier Fähigkeiten voraus. Notwendig ist zunächst die intellektuelle Fähigkeit, eine bestimmte Situation zu verstehen und vernünftig einzuschätzen sowie diesbezüglich eine Motivation und einen Willen zu bilden, die nicht völlig ausserhalb der in der Gesellschaft geltenden Werte stehen. Der Begriff der „Vernunft“ muss hier in einem sehr weit gefassten Sinne verstanden werden, so dass ein „unvernünftiges“ Verhalten nur angenommen werden kann, wenn es einem krankhaften Zustand entspricht oder wenn es auf kindliche Unbekümmertheit zurückzuführen ist. Die Fähigkeit, eine Situation zu erkennen und vernünftig einzuschätzen, setzt jedoch nicht voraus, dass die Person über die im konkreten Fall erforderlichen Spezialkenntnisse verfügt; es genügt, wenn sie in der Lage ist zu verstehen, dass sie sich solche Kenntnisse aneignen oder den Rat einer kompetenten Person zuziehen sollte.

Neben der intellektuellen Fähigkeit setzt *Art. 16 ZGB* auch voraus, dass die Person über die Fähigkeit zu willensgemässen Handeln verfügt; das Individuum muss nicht nur fähig sein, sieh einen Willen zu bilden, sondern es muss auch in der Lage sein, gemäss dem eigenen Willen zu handeln. So ist die Person nicht fähig, vernunftgemäss zu handeln, wenn sie Versuchen, ihren Willen zu beeinflussen, normalerweise nicht widerstehen kann.

c) Die gesetzlichen Ursachen der Beeinträchtigung der Fähigkeit, vernunftgemäss zu handeln Soll das Fehlen der Fähigkeit, vernunftgemäss zu handeln, die Urteilsunfähigkeit zur Folge haben, so muss sich dies zumindest teilweise durch eine Ursache biologischer oder physiologischer Natur erklären lassen. Die vom Gesetzgeber anerkannten Gründe sind in *Art. 16 ZGB* abschliessend aufgezählt. Infolgedessen hat eine Beeinträchtigung der Fähigkeit, vernunftgemäss zu handeln, die auf einer Ursache beruht, welche nicht in die gesetzlichen Kategorien eingereiht werden kann (wie die Wut, der Hass oder der Hunger), nicht den Verlust der Urteilsfähigkeit zur Folge.

Art. 16 ZGB nennt zuerst das Kindesalter. Das Gesetz legt aber keine Altersgrenze fest, von der an eine Person nicht mehr als im Kindesalter stehend gelten würde.

Die Geisteskrankheit und die Geistesschwäche sind Begriffe, die auch in der Medizin wichtig sind. Indessen stimmen die in der Medizin gebräuchlichen Definitionen mit diesen Rechtsbegriffen nicht überein. Im Rahmen von *Art. 16 ZGB* stellt eine geistige Abnormität nur dann einen gesetzlichen Beeinträchtigungsgrund dar, wenn sie dermassen schwerwiegend ist, dass sie bezüglich einer bestimmten Handlung den Verlust der Fähigkeit, vernunftgemäss zu handeln, bewirkt. Die Beurteilung dieses Kausalzusammenhangs zwischen der Geisteskrankheit oder -schwäche und der Fähigkeit zu vernunftgemässem Handeln obliegt dem Richter, welcher die Folgen dieses Zustandes auf die Rechtsstellung der betreffenden Person zu würdigen hat. Zwar ist der Beizug des Mediziners oder Psychiaters in der Regel zum Verständnis des pathologischen Zustandes des Individuums notwendig, doch steht es allein dem Richter zu, darüber zu befinden, welche Konsequenzen dieser Zustand in rechtlicher Hinsicht nach sich zieht.

Die Antwort auf die Frage, ob die Trunkenheit den Verlust der Fähigkeit zu vernunftgemässem Handeln bewirkt, hängt von der Konstitution der betreffenden Person, der Quantität an konsumiertem Alkohol und der Natur der erfolgten Handlung ab.

Unter „ähnlichen Zuständen“ sind physiologische Situationen wie die Bewusstlosigkeit, der Schlaf, das Schlafwandeln, eine epileptische Krise, die Hypnose und die Vergiftung durch Medikamente oder Drogen zu verstehen.

Ausserhalb der Bestimmungen über die Handlungsfähigkeit verlangt das Gesetz in gewissen Fällen eine dauernde Urteilsunfähigkeit, wobei diese in ihren rechtlichen Wirkungen von der vorübergehenden Urteilsunfähigkeit zu unterscheiden ist.

d) Die Relativität der Urteilsfähigkeit Die verschiedenen Rechtshandlungen beanspruchen die Fähigkeit der Person, vernunftgemäss zu handeln, nicht mit der gleichen Intensität. Das bedeutet, dass die Voraussetzungen für die Fähigkeit, vernunftgemäss zu handeln, je nach der Natur und Bedeutung der konkreten Handlung verschieden sind. Die Voraussetzungen der Urteilsfähigkeit beurteilen sich demnach in bezug auf eine bestimmte Handlung und in Anbetracht der konkreten Situation, in der sich die betreffende Person befindet. Deshalb muss auch auf den Zeitpunkt der konkreten Handlung abgestellt werden, ohne dass es darauf ankommt, ob die Urteilsfähigkeit zuvor bestanden hat oder seither wieder erworben wurde.

Die Relativität der Urteilsfähigkeit bedeutet somit, dass die Fähigkeit, vernunftgemäss zu handeln, in bezug auf eine konkrete Handlung zu beurteilen ist, wobei an dieser Handlung zu messen ist, welche Anforderungen bezüglich der intellektuellen Fähigkeit und der Fähigkeit zu willensgemässem Handeln im Hinblick auf Handlungen von der gleichen Art und Bedeutung zu stellen sind.

e) Die Vermutung der Urteilsfähigkeit Der Mensch ist im Normalfall urteilsfähig. Die Lebenserfahrung zeigt, dass diese Fähigkeit im Regelfall gegeben ist. Das Bundesgericht hat daraus die Folgerung gezogen, dass das Bestehen der Urteilsfähigkeit zu vermuten ist. Es handelt sich um eine tatsächliche Vermutung. Es liegt an der Partei, die das Fehlen der Urteilsfähigkeit behauptet, zu beweisen, dass diese Vermutung im konkreten Fall nicht zutrifft (*Art. 8 ZGB*).

Dieser Nachweis ist allerdings dann nicht zu verlangen, wenn das Fehlen der Fähigkeit zu

vernunftgemäsem Handeln offensichtlich ist (z.B. Kleinkind).

III. Einschränkungen der Handlungsfähigkeit

Gewisse an sich gemäss *Art. 12 ZGB* handlungsfähige Personen sind gleichwohl nicht fähig, bestimmte Rechtsgeschäfte selbst zu tätigen.

1. Eherechtliche Einschränkungen

Ein von einem Ehegatten abgeschlossener Vertrag über einen Abzahlungskauf (*Art. 226b OR*), einen Vorauszahlungskauf (*Art. 228 OR*) oder eine Bürgschaft (*Art. 494 OR*) ohne die Zustimmung des anderen Ehegatten nichtig ist. Dasselbe gilt für Rechtsgeschäfte über die eheliche Wohnung (*Art. 169 ZGB, Art. 266m OR*).

2. Die Beiratschaft

Im Gegensatz zum Entmündigten behält die Person, die unter Beiratschaft steht, grundsätzlich die Handlungsfähigkeit im Sinne von *Art. 12 ZGB*. Es handelt sich um eine Massnahme des Vormundschaftsrechts, die im wesentlichen in *Art. 395 ZGB* geregelt ist.

Die Beiratschaft beschränkt die Handlungsfähigkeit der betroffenen Person zwar weniger als die Entmündigung, aber doch in erheblichem Masse. Im übrigen ist auch darauf hinzuweisen, dass die weit weniger einschränkende Massnahme der Ernennung eines Beistandes (*Art. 392–394 ZGB*) diesem zwar im Rahmen seiner Aufgabe eine gewisse Vertretungsbefugnis überträgt, die Handlungsfähigkeit der verbeiständeten Person jedoch unberührt lässt (*Art. 417 Abs. 1 ZGB*).

4. Die Handlungsunfähigkeit

I. Die Bedeutung der Handlungsunfähigkeit

1. die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts

a) Der Grundsatz Die Handlungsfähigkeit ist ein Gültigkeitserfordernis der Rechtsgeschäfte. Sie knüpft an drei Voraussetzungen an, da die Person urteilsfähig, mündig und nicht entmündigt sein muss (*Art. 13 ZGB*). Ist eine dieser Voraussetzungen nicht erfüllt, so ist die betreffende Person grundsätzlich handlungsunfähig (*Art. 12 und 17 ZGB*). Das bedeutet, dass ein von einer solchen Person vorgenommenes Rechtsgeschäft nichtig und damit rechtlich ohne Wirkungen ist. Das Gesetz legt das Schwergewicht auf den Schutz der handlungsunfähigen Person und stellt die Rechtssicherheit und den Schutz Dritter hintan.

b) Die Unterlassungshandlung *Übersprungen.*

2. Beschränkungen der Handlungsunfähigkeit

a) Im allgemeinen *Art. 17 ZGB* umschreibt in allgemeiner Weise den Kreis der Personen, die nicht handlungsfähig sind. Er ergänzt damit *Art. 13 ZGB*, der bestimmt, welche Personen handlungsfähig sind. Diese beiden Bestimmungen beziehen sich auf die volle Handlungsfähigkeit im Sinne von *Art. 12 ZGB*.

Zwischen der vollen Handlungsfähigkeit gemäss *Art. 12 ZGB* und der vollen Handlungsunfähigkeit gibt es indessen Zwischenkategorien. So ermöglicht es *Art. 19 ZGB* den minderjährigen und entmündigten Personen, die urteilsfähig sind, gewisse Rechtsgeschäfte rechtswirksam vorzunehmen, wobei die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zum Teil erforderlich ist (*Abs. 1*), zum Teil nicht (*Abs. 2*); diese Personen sind auch für ihre widerrechtlichen

und dem Verschulden zuzurechnenden Handlungen verantwortlich (*Abs. 3*).

Anders ist die Rechtsstellung der urteilsfähigen Personen: Gemäss *Art. 18 ZGB* vermögen deren Handlungen keine Rechtswirkungen nach sich zu ziehen, wobei jedoch im Gesetz einige Ausnahmen vorgesehen sind.

Hinsichtlich der Rechtsgeschäfte lassen sich die Beschränkungen der Handlungsunfähigkeit von urteilsfähigen Unmündigen und Entmündigten grundsätzlich damit erklären, dass der Gesetzgeber diesen eine gewisse Handlungsautonomie und im besonderen eine völlige Freiheit bezüglich der höchstpersönlichen Rechte sicher wollte, welche der gesetzliche Vertreter nicht auszuüben befugt sein soll; damit ist der Grundsatz der Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte von handlungsunfähigen Personen in angemessener Weise abgeschwächt worden.

Sieht man von den Rechtsgeschäften ab, so lässt sich aus der Natur der Rechtshandlung oder -tatsache, welche die in Frage stehende Rechtswirkung zur Folge hat, erklären, weshalb die Handlungsunfähigkeit nicht vollständig ist. Es gibt nämlich Handlungen, die rechtliche Wirkungen nach sich ziehen, ohne dass dabei der Wille der betreffenden Person solchermaßen hervortritt, weshalb sich das Gesetz mit dem Erfordernis der Urteilsfähigkeit begnügen kann: Das betrifft die Realakte und die rechtswidrigen Handlungen aus Verschulden, nämlich die unerlaubten Handlungen und die Vertragsverletzungen. Schliesslich kann auch die urteilsunfähige Person Rechte und Pflichten erwerben, wenn sich die betreffende Rechtsfolge auf ein menschliches Verhalten bezieht, das vom Willen unabhängig ist.

b) Der Realakt Der Realakt ist eine Handlung, deren Rechtswirkung an das Ergebnis eines menschlichen Verhaltens anknüpft, welches auf dem Willen beruht. Ein Beispiel ist die Begründung des Lebensmittelpunktes an einem bestimmten Ort, was den Erwerb eines Wohnsitzes im Sinne von *Art. 23 Abs. 1 ZGB* zur Folge hat.

Das Gesetz bezieht sich auf eine Tatsache und knüpft an sie gewisse Rechtsfolge, auch wenn diese von der betreffenden Person weder in Aussicht genommen noch beabsichtigt waren. Die Rechtsfolge ist nicht an eine Willenserklärung gebunden, sondern an das tatsächliche Ergebnis menschlichen Handelns.

c) Die rechtswidrige Handlung aus Verschulden Die rechtswidrige Handlung setzt die Verletzung einer Norm voraus, die dem Handelnden eine Pflicht auferlegt. Man unterscheidet zwischen der Haftung aus unerlaubter Handlung und der Haftung aus Vertrag. In beiden Bereichen kann dem Handelnden ein Verschulden nur zugerechnet werden, wenn er urteilsfähig ist.

Dem Verursacher einer unerlaubten Handlung kann indessen ein Verschulden nur vorgeworfen werden, wenn er in geistiger Hinsicht und in bezug auf seinen Willen über die Fähigkeit verfügte, gemäss diesem Massstab des Durchschnittsverhaltens zu handeln. Dies ist die Deliktsfähigkeit. Im Grunde hat diese Fähigkeit eine noch weiter reichende Bedeutung, insofern als die urteilsfähige Person jede auf einer rechtswidrigen und schuldhaften Handlung beruhende Verpflichtung zu tragen in der Lage ist. Die Deliktsfähigkeit ist somit Ausdruck der Verschuldensfähigkeit.

d) Das menschliche Verhalten Im Unterschied zu den Handlungen, die rechtliche Wirkungen zu erzeugen vermögen, ist das menschliche Verhalten eine vom Menschen verursachte und rechtlich bedeutsame Tatsache, deren Rechtswirkung nicht an den Willen gebunden ist. Die Rechtsordnung weist der Person gewisse Rechte und Pflichten zu, ohne dass diese Rechtsfolge als Ergebnis eines auf den Willen gründenden Verhaltens des Individuums betrachtet wird. So ist die z.B. Schadenersatzpflicht in gewissen Fällen vom Verschulden unabhängig. Die Rechtsfolgen solcher Tatsachen entstehen auch dann, wenn diese Person nicht urteilsfähig ist.

II. Die beschränkte Handlungsfähigkeit der urteilsfähigen unmündigen oder entmündigten Personen

Art. 19 ZGB enthält verschiedene Ausnahmen von der grundsätzlichen Handlungsunfähigkeit der unmündigen oder entmündigten Personen, welche urteilsfähig sind.

1. Die Funktion des gesetzlichen Vertreters

Die Unmündigen und die Entmündigten haben einen gesetzlichen Vertreter. Bei den unter elterlicher Gewalt stehenden Minderjährigen sind es Vater und Mutter. Die Minderjährigen, die nicht unter elterlicher Gewalt stehen, haben einen Vormund (Art. 368, Art. 379 ZGB). Der gesetzliche Vertreter einer entmündigten Person ist in der Regel ein Vormund (Art. 369–372, Art. 379 ZGB); ausnahmsweise steht der Entmündigte unter elterlicher Gewalt (Art. 385 Abs. 3 ZGB).

Die Eltern (Art. 304 Abs. 1 ZGB) bzw. der Vormund (Art. 407 ZGB) haben die Vertretungsbefugnis, was bedeutet, dass sie im Namen der zu schützenden Person Handlungen (Rechtsgeschäfte, Realakte) vornehmen können, deren Wirkungen in dieser Person entstehen.

Die Beschränkungen der Handlungsunfähigkeit von urteilsfähigen Unmündigen und Entmündigten bedeuten nicht notwendigerweise, dass in dieser Hinsicht die Vertretungsbefugnis des gesetzlichen Vertreters begrenzt wäre. Die Handlungsfähigkeit einerseits und die Vertretungsbefugnis des gesetzlichen Vertreters andererseits berühren zwei verschiedene Probleme. Wenn die urteilsfähigen Unmündigen oder Entmündigten im allgemeinen selbst Rechtsgeschäfte vornehmen können (meist mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters), so bedeutet das nicht, dass der gesetzliche Vertreter nicht in der Lage wäre, dieselben Geschäfte im Namen des Kindes oder Mündels vorzunehmen.

2. Die mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters abgeschlossenen Rechtsgeschäfte

Gemäss Art. 19 Abs. 1 ZGB können sich urteilsfähige unmündige oder entmündigte Personen nur mit Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters durch ihre Handlungen verpflichten. Man kann hier also von einer bedingten Handlungsfähigkeit sprechen.

Diese allgemeine Regel bezieht sich auf alle Rechtsgeschäfte. Ihr Anwendungsbereich umfasst allerdings nicht diejenigen Rechtsgeschäfte, für welche eine besondere Regelung betreffend die Handlungsfähigkeit gilt (Art. 19 Abs. 2, Art. 408 ZGB).

Betreffend die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters wird Art. 19 Abs. 1 ZGB ergänzt durch Art. 410 f. ZGB über die Rechtsgeschäfte, die vom urteilsfähigen Mündel abgeschlossen werden. Gemäss Art. 304 Abs. 3 und Art. 305 Abs. 1 ZGB sind diese Bestimmungen entsprechend auch auf die unter elterlicher Gewalt stehenden Kinder anwendbar.

a) Die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters Die Zustimmung kann (als Ermächtigung) vor Abschluss des Rechtsgeschäfts, gleichzeitig mit diesem (Mitwirkung) oder nachträglich im Sinne einer Genehmigung erfolgen (Art. 410 Abs. 1 ZGB). Sie untersteht keinem besonderen Formerfordernis, selbst wenn das Rechtsgeschäft als solches eine bestimmte Form voraussetzt. Bezüglich des Vormunds sind die Art. 420–422 ZGB zu beachten.

b) Die Rechtslage im Falle der Verweigerung der Genehmigung Das vom urteilsfähigen Unmündigen oder Entmündigten abgeschlossene Rechtsgeschäft kann immer noch gültig werden, solange die Zustimmung nicht verweigert und eine nachträgliche Genehmigung noch nicht erfolgt ist. In dieser Zwischenzeit ist das Rechtsgeschäft nicht gültig (bzw. hinkend). Solange es an der Genehmigung fehlt, ist der Minderjährige oder Entmündigte nicht gebunden. Wie sich aus Art. 410 Abs. 2 ZGB ergibt, ist demgegenüber die andere Partei gebunden und wird erst nach Ablauf einer angemessenen Frist befreit, welche sie selbst festlegen kann. Ist das

Rechtsgeschäft nach Ablauf dieser Frist nicht genehmigt worden, so ist es nichtig. Die Rückabwicklung der erfolgten Leistungen erfolgt unter dem Rechtstitel der Vindikation bzw. der ungerechtfertigten Bereicherung.

Nach *Art. 411 Abs. 2 ZGB* ist der Unmündige oder Entmündigte für den entstandenen Schaden haftbar, wenn er den anderen Teil zu der irrtümlichen Annahme seiner Handlungsfähigkeit verleitet hat (*Art. 41 Abs. 1 OR, Art. 19 Abs. 3 ZGB*).

c) Die vorausgehende allgemeine Zustimmung betreffend ein bestimmtes Vermögen Die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters kann statt für ein einzelnes Rechtsgeschäft auch für mehrere Rechtsgeschäfte gegeben werden. Erforderlich ist allerdings, dass der Gegenstand und der Umfang dieser Rechtsgeschäfte in genügender Weise umschrieben sind, so dass der Unmündige oder Entmündigte den Umfang seiner Autorität kennt.

In gewissen Fällen sieht das Gesetz vor, dass der urteilsfähige Unmündige oder Entmündigte über ein bestimmtes Vermögen verfügt, bezüglich dessen er allein und in freier Weise Rechtsgeschäfte abschliessen kann, wobei die Vertretungsbefugnis des gesetzlichen Vertreters entsprechend beschränkt ist (*Art. 323 Abs. 1, Art. 414 ZGB*).

3. Rechtsgeschäfte, die vom beschränkt Handlungsfähigen allein abgeschlossen werden können

a) Rechtsgeschäfte, die keine Verpflichtung nach sich ziehen Nach *Art. 19 Abs. 2 ZGB* benötigen die urteilsfähigen Unmündigen und Entmündigten die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters nicht, um Vorteile zu erlangen, die unentgeltlich sind (*Art. 239, Art. 241 Abs. 1 OR, Art. 484 ZGB*).

b) Die höchstpersönlichen Rechte In bezug auf urteilsfähige Unmündige und Entmündigte haben die höchstpersönlichen Rechte grundsätzlich eine doppelte Bedeutung. Zum einen sind diese Rechte der Vertretungsbefugnis des gesetzlichen Vertreters entzogen, zum andern ist der urteilsfähige Unmündige oder Entmündigte fähig, diese Rechte selbst auszuüben. Die diesbezügliche Handlungsfähigkeit umfasst auch die Prozessfähigkeit.

Das Gesetz gibt keine Definition der höchstpersönlichen Rechte; dieser Begriff wird unterschiedlich interpretiert und es gibt keine einheitliche Terminologie. Die höchstpersönlichen Rechte mit der erwähnten Bedeutung können, wenn es sich um urteilsfähige Unmündige oder Entmündigte handelt, absolute höchstpersönliche Rechte genannt werden. Es seien die folgenden erwähnt:

Es handelt sich zunächst um die Persönlichkeitsrechte im Sinne von *Art. 28 ZGB*, wie das Recht auf Leben, das Recht auf körperliche Unversehrtheit oder das Recht auf Ehre. Auch im Familienrecht sind solche höchstpersönliche Rechte anzufinden. Daneben finden sich noch viele weitere Beispiele, auch im öffentlichen Recht (Grundrechte!).

Es ist kaum möglich, für diese Beispiele eine allgemeine Definition zu geben. Indessen können sie insofern negativ umschrieben werden, als den höchstpersönlichen Rechten gemeinsam ist, dass sie die Vermögensrechte der betreffenden Person nicht berühren oder dies allenfalls nur indirekt oder in akzessorischer Weise tun.

4. Die Verschuldensfähigkeit

Aus *Art. 19 Abs. 3 ZGB* ergibt sich, dass dem urteilsfähigen Unmündigen oder Entmündigten die Rechtsfolgen seiner widerrechtlichen Handlungen aus Verschulden zugerechnet werden können.

III. Die volle Handlungsunfähigkeit der urteilsunfähigen Personen

1. Der Grundsatz

a) Die Folgen der vollen Handlungsunfähigkeit Gemäss *Art. 18 ZGB* ist die Handlungsunfähigkeit der urteilsunfähigen Person vollständig. Das bedeutet, dass der Urteilsunfähige weder Rechtsgeschäfte abschliessen noch die rechtlichen Folgen von Realakten bewirken kann; da ihm kein Verschulden vorgeworfen werden kann, kann er auch nicht für rechtswidrige Handlungen haftbar sein, deren rechtliche Folgen ein Verschulden des Handelnden voraussetzen. *Art. 18 ZGB* erwähnt indessen das Bestehen gewisser Ausnahmen, und er verhindert nicht, dass auf der Grundlage des blossen menschlichen Verhaltens in der Person des Urteilsunfähigen Rechtswirkungen entstehen können.

Die urteilsunfähige Person kann unmündig, entmündigt oder mündig sein. Ist sie unmündig oder entmündigt, so hat sie einen gesetzlichen Vertreter, der in ihrem Namen und auf ihre Rechnung zu handeln vermag. Eine mündige Person, die urteilsunfähig ist, hat indessen grundsätzlich keinen gesetzlichen Vertreter. Es handelt sich meist um eine vorübergehende Urteilsunfähigkeit, denn bei einer dauernden Urteilsunfähigkeit besteht in aller Regel ein Grund zur Entmündigung (*Art. 369 f. ZGB*) oder Verbeiratung (*Art. 395 ZGB*).

b) Die Beschränkungen in der Vertretungsbefugnis des gesetzlichen Vertreters Grundsätzlich kann nur der gesetzliche Vertreter die Rechte ausüben, deren Subjekt eine urteilsunfähige Person ist. Seine Vertretungsbefugnis reicht deshalb deutlich weiter als diejenige des gesetzlichen Vertreters eines urteilsfähigen Unmündigen oder Entmündigten, welcher gemäss *Art. 19 ZGB* über einen gewissen Handlungsspielraum verfügt. Während diese Person ihre höchstpersönlichen Rechte im Sinne von *Art. 19 Abs. 2 ZGB* selbst ausüben kann, ist die urteilsunfähige Person nach *Art. 18 ZGB* auch hinsichtlich solcher Rechte nicht handlungsfähig.

Indessen verfügt der gesetzliche Vertreter des Urteilsunfähigen in bezug auf einige dieser nach *Art. 19 Abs. 2 ZGB* höchstpersönlichen Rechte über keine Vertretungsbefugnis. Es handelt sich um solchermassen eng mit der Persönlichkeit des Rechtssubjekts verbundene Rechte, dass auch der gesetzliche Vertreter nicht tätig werden kann, obwohl die betreffende Person selbst nicht handlungsfähig ist. Man kann diesbezüglich von unechten höchstpersönlichen Rechten sprechen. Der Urteilsunfähige ist insofern nicht rechtsfähig, weshalb solche Rechte wenig zahlreich sind und nur bestehen sollen, wenn dies im Hinblick auf den Schutz des Betroffenen gerechtfertigt erscheint.

2. Die Rechtsfolgen, die ohne die Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters in der Person des Urteilsunfähigen entstehen können

Das Gesetz sieht in verschiedenen Situationen vor, dass in der Person des Urteilsunfähigen ohne die Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters rechtliche Wirkungen entstehen können. Es handelt sich um Rechtsfolgen, die an ein vom Willen unabhängiges menschliches Verhalten anknüpfen.

Art. 18 ZGB spricht ausdrücklich von Ausnahmen vom Grundsatz, wonach die Handlungen des Urteilsunfähigen keine Rechtsfolgen nach sich ziehen. Eine solche Ausnahme ist die Haftung nach *Art. 54 OR*.

14. Der Schutz der Persönlichkeit im allgemeinen

Der Persönlichkeitsschutz ist in den *Art. 27–30 ZGB* geregelt. Die Persönlichkeit hat hier nicht die Bedeutung einer dem Menschen vom Recht zuerkannten Eigenschaft, wie die Rechts- oder Handlungsfähigkeit. Der Begriff der Persönlichkeit verweist in diesen Bestimmungen auf den

Gegenstand eines rechtlich gewährleisteten Schutzes, nämlich den Schutz der Werte, die das Wesentliche der persönlichen Sphäre des einzelnen ausmachen.

15. Der Schutz der Freiheit der Person

Die Freiheit der Person bedeutet im Rechtssinne, dass dem Individuum alle Eigenschaften zustehen, die der Rechtsfähigkeit innewohnen. Das schliesst die Befugnis des einzelnen mit ein, den Gebrauch dieser Freiheit einzuschränken, insbesondere auf dem Wege vertraglicher Verpflichtungen. Die Person kann aber über ihre Freiheit nur im Rahmen gewisser Grenzen verfügen. Diese Grenzen sind in *Art. 27 ZGB* festgelegt, der vermeiden will, dass die Person im Anschluss an ihre eigenen Handlungen jede Entscheidungsfreiheit verliert.

I. Die Unverzichtbarkeit der Rechts- und Handlungsfähigkeit

Gemäss *Art. 27 Abs. 1 ZGB* kann niemand auf die Rechts- und Handlungsfähigkeit ganz oder zum Teil verzichten. Eine Person kann somit nicht auf die Fähigkeit verzichten, Subjekt gewisser Rechte zu sein, indem sie zum Beispiel ihre Ehefähigkeit aufgibt oder sich verpflichtet, nie einen Arbeitsvertrag abzuschliessen. Jedes von den Regeln über die Rechts- und Handlungsfähigkeit abweichende Rechtsgeschäft ist nichtig; diese Nichtigkeit ist von Amtes wegen zu beachten.

II. Übermässige Beschränkung der Freiheit

1. Grundsatz

Die Freiheit der Person bedeutet namentlich, dass jedermann frei ist, mit andern Rechtsgeschäfte abzuschliessen, die Rechte und Pflichten begründen. Die Vertragsfreiheit ist im allgemeinen in den Schranken des Gesetzes, der öffentlichen Ordnung und der guten Sitten auszuüben (*Art. 19 f. OR*). Eine Schranke besonderer Natur ergibt sich aus *Art. 27 Abs. 2 ZGB*, wonach niemand sich seiner Freiheit entäussern oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken kann. Eine Person soll sich nicht durch einen Vertrag binden können, welcher sie in übertriebener (übermässiger) Weise ihrer Entscheidungsfreiheit beraubt.

Um die übermässige Art der Freiheitsbeschränkung zu umschreiben, verweist *Art. 27 Abs. 2 ZGB* auf das „Recht“ und die „Sittlichkeit“. Der Begriff des Rechts bezieht sich seinerseits auf die der Rechtsordnung insgesamt innewohnenden Grundsätze. Der Ausdruck „Sittlichkeit“ oder „gute Sitten“ weist auf die allgemein anerkannten moralischen Grundsätze hin. In der Tat ist die Frage, welche Beschränkung der Freiheit allenfalls übermässig im Sinne von *Art. 27 Abs. 2 ZGB* sei, normalerweise unter dem moralischen Gesichtspunkt zu beurteilen.

Art. 27 Abs. 2 ZGB betrifft Bindungen, die in übermässiger Weise die Entscheidungsfreiheit des einzelnen beschränken. Diese Bestimmung hindert die Person daran, ihre Zukunft auf übertriebene Art zu belasten, und gewährleistet damit die Freiheit zu Entscheidungen in der Zukunft.

2. Anwendungsfälle

a) Bindungen, die wegen ihrer Intensität und Dauer übermässig sind Zu erwähnen sind zunächst Verpflichtungen, durch die sich eine Person in die völlige Abhängigkeit von einer anderen Person begibt. *Art. 27 Abs. 2 ZGB* erfasst auch Verpflichtungen finanzieller Art, die so aussergewöhnlich sind, dass die betroffene Person in ihrer Freiheit zu Entscheidungen in der Zukunft in übermässiger Weise eingeschränkt ist.

b) Bindungen, die wegen ihres Gegenstandes übermässig sind Der Gegenstand eines Vertrags kann von solcher Art sein, dass *Art. 27 Abs. 2 ZGB* im Interesse einer Person und der Gesellschaft im allgemeinen eine Beschränkung der Vertragsfreiheit zur Folge haben muss. So kann die Verpflichtung, eine bestimmte Person nicht zu heiraten, die Konfession zu wechseln, in einen religiösen Orden einzutreten oder Mitglied einer politischen Partei zu werden, vor *Art. 27 Abs. 2 ZGB* nicht standhalten und rechtlich nicht wirksam sein.

Praktisch ist *Art. 27 Abs. 2 ZGB* vor allem bei gewissen Persönlichkeitsrechten wichtig, deren Bedeutung es mit sich bringt, dass sich eine Person diesbezüglich nicht für die Zukunft binden kann; der einzelne soll nicht auf die Möglichkeit verzichten können, auf eine früher getroffene Entscheidung zurückzukommen.

c) Besondere Bestimmungen Gewisse Fragen, die an sich von der allgemeinen Regel des *Art. 27 Abs. 2 ZGB* erfasst werden könnten, sind durch besondere Bestimmungen geregelt, die den Anwendungsbereich jenes Grundsatzes eingrenzen.

III. Die Rechtsfolgen

Eine Verpflichtung, die eine im Sinne von *Art. 27 ZGB* übermässige Bindung beinhaltet, ist nichtig.

16. Der Schutz vor Persönlichkeitsverletzungen

Die natürlichen und in einem gewissen Masse auch die juristischen Personen sind in ihrer Persönlichkeit vor Verletzungen durch Dritte geschützt (*Art. 28, Art. 28a–28l ZGB*).

I. Der Begriff der Persönlichkeitsrechte

1. Im allgemeinen

Art. 28 Abs. 1 ZGB soll die „Persönlichkeit“ schützen. In rechtlicher Hinsicht ist darunter die Gesamtheit der wesentlichen Werte der Person zu verstehen, wobei diese Werte der Person kraft ihrer Existenz eigen sind und Gegenstand einer Verletzung sein können.

Es ist besonders wichtig hervorzuheben, dass *Art. 28 ZGB* einen allgemeinen Grundsatz enthält und den Inhalt des Begriffs der Persönlichkeit nicht definiert. Das bedeutet vor allem, dass es keinen „*numerus clausus*“ der Persönlichkeitsrechte gibt; deren Aufzählung ist nie abschliessend.

2. Die physische Persönlichkeit

Hier ist vor allem das Recht auf Leben und auf körperliche Unversehrtheit zu nennen, wobei sowohl die physische wie die psychische Gesundheit gemeint sind. Zu dieser Kategorie gehören auch die sexuelle Freiheit und die Bewegungsfreiheit.

3. Die affektive Persönlichkeit

Art. 28 ZGB schützt den seelisch-emotionalen Bereich des Lebens einer Person, insbesondere in ihren familienrechtlichen Beziehungen. Die affektive Beziehung zwischen mehreren Personen kann so eng sein, dass gewisse Persönlichkeitsverletzungen nicht nur die direkt anvisierte Person treffen, sondern auch die an dieser Beziehung beteiligten Personen.

4. Die soziale Persönlichkeit

Das Leben in der Gesellschaft wäre nicht zu ertragen, wenn dem einzelnen jeder Schutz der persönlichen Sphäre versagt bliebe. Dieser Schutz trägt zu einer harmonischen Gestaltung der sozialen Beziehungen bei und gewährleistet eine gewisse Gleichheit in der Behandlung der Individualität jeder Person.

a) Der Schutz der Privatsphäre Jede am Leben der Gemeinschaft teilnehmende Person muss Tatsachen von der Gesellschaft fernhalten können, die sich auf ihr Privatleben beziehen und nicht für die Kenntnis durch einen weiten Kreis von Personen bestimmt sind. Der Privatbereich umfasst damit alle jene Lebensäußerungen, die der einzelne mit einem begrenzten, ihm relativ nah verbundenen Personenkreis teilen will, jedoch nur mit diesen. Die Privatsphäre umfasst alle Tatsachen persönlicher Art, insoweit als ihre Kenntnis auf einen bestimmten Personenkreis beschränkt ist. Die bloße Verbreitung dieser Tatsachen stellt bereits eine Persönlichkeitsverletzung dar.

b) Der Schutz der Ehre Der durch *Art. 28 ZGB* gewährte Schutz der Ehre betrifft nicht nur die Anerkennung, die einer Person unter dem Gesichtspunkt der Moral zusteht, sondern dieser Schutz umfasst ebenso sehr, ja vor allem das berufliche, wirtschaftlich und gesellschaftliche Ansehen. Dieses ist für jede Person verschieden und hängt von ihrer sozialen und beruflichen Stellung ab. Um die Frage zu beantworten, ob eine Beeinträchtigung geeignet ist, das Ansehen einer Person zu schmälern, muss man sich auf objektive Kriterien, den Gesichtspunkt des „Durchschnittslesers“ beziehen.

Im Sinne von *Art. 28 ZGB* trägt ein literarisches oder künstlerisches Werk zum Ansehen bei, das der Schöpfer genießt, weshalb dieser grundsätzlich die Ansprüche zum Schutz seiner Persönlichkeit geltend machen kann (*Art. 42–45, Art. 52–61 URG*).

c) Der Schutz des Namens Der Namensschutz ist grundsätzlich in *Art. 29 ZGB* enthalten. Verletzungen, die den Namen betreffen, aber keine Namensanmassungen im Sinne dieser Bestimmung sind, fallen in den Anwendungsbereich der allgemeinen Regel von *Art. 28 ZGB*.

d) Die Wirtschaftsfreiheit Heute ist die Wirtschaftsfreiheit im wesentlichen durch das UWG (*Art. 2–12*) und das KG (*Art. 4–10*) gewährleistet.

5. Die Rechtsnatur der Persönlichkeitsrechte

a) Absolute Rechte Der Schutz der Persönlichkeit hat nur einen Sinn, wenn er jedermann entgegengehalten werden kann.

b) Rechte nicht vermögensrechtlicher Natur Die durch *Art. 28 ZGB* geschützten Persönlichkeitsgüter haben als solche keinen Geldwert. Eine Verletzung der Persönlichkeit kann allerdings einen wirtschaftlich messbaren Schaden und damit einen Entschädigungsanspruch des Geschädigten entstehen lassen (*Art. 28a Abs. 3 ZGB, Art. 41 OR*).

c) Nicht übertragbare Rechte Die Persönlichkeitsrechte sind mit der Person ihres Trägers untrennbar verbunden. Sie gehen auch nicht auf die Erben über und erlöschen somit mit dem Tod ihres Trägers. Im übrigen unterstehen die Persönlichkeitsrechte auch keiner Frist, deren Ablauf das Klagerecht beseitigen würde (Verjährung) oder den Verlust des Rechts zur Folge hätte (Verwirkung).

d) Höchstpersönliche Rechte Insoweit als die Persönlichkeitsrechte nicht vorwiegend vermögensrechtlicher Natur sind, handelt es sich um höchstpersönliche Rechte im Sinne von *Art. 19 Abs. 2 ZGB*.

II. Die Widerrechtlichkeit der Persönlichkeitsverletzung

1. Der Grundsatz der Widerrechtlichkeit der Verletzung

Der absolute Charakter der Persönlichkeitsrechte auferlegt jedermann die Pflicht, andern nicht zu schaden, sofern es an Rechtfertigungsgründen fehlt. Jede Verletzung dieser Rechte ist somit grundsätzlich widerrechtlich.

2. Die Rechtfertigungsgründe

Diese Gründe sind in *Art. 28 Abs. 2 ZGB* aufgezählt: die Einwilligung des Verletzten, ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse und das Gesetz. Die Beweislast trägt der Urheber der Verletzung (*Art. 8 ZGB*).

a) Die Einwilligung des Verletzten Eine Person, die einer Verletzung, zum Beispiel der Verbreitung ihres Bildes in der Presse, zugestimmt hat, kann sich nicht auf den Persönlichkeitsschutz berufen. Zuweilen stellt sich allerdings die Frage, ob die Einwilligung des durch eine Beeinträchtigung Betroffenen gültig sei. Das gilt vor allem für den medizinischen Bereich. Die Zustimmung zur Handlung des Arztes kann grundsätzlich nur rechtsgültig sein, wenn der Patient über die Art der vorgesehenen Behandlung und das Risiko des Eingriffs genügend aufgeklärt worden ist, so dass er den Gegenstand seiner Einwilligung kennt. Im übrigen ist die Einwilligung nur in den Grenzen von *Art. 27 Abs. 2* und *Art. 20 OR* möglich.

b) Ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse Zum Zwecke der Beurteilung dieses Rechtfertigungsgrundes hat eine Interessenabwägung stattzufinden, nämlich einerseits zwischen dem Interesse des Verletzten, keine Beeinträchtigung seiner Persönlichkeit erdulden zu müssen, und andererseits dem Interesse des Verursachers, ein bestimmtes Ziel zu erreichen, das in einem gewissen Rahmen ebenfalls rechtlich geschützt ist.

Das eine Verletzung rechtfertigende überwiegende Interesse kann von privater Natur sein und damit an eine Person gebunden sein, oder es kann sich um ein öffentliches Interesse handeln, das der Allgemeinheit zuzurechnen ist.

Das Allgemeininteresse kann in keinem Falle die Verbreitung einer falschen (oder unvollständigen) Information rechtfertigen, die die Persönlichkeitsrechte verletzt. Die Unrichtigkeit muss sich auf eine Tatsache beziehen; beruht die Verletzung auf einer Meinungsäußerung, so ist diese nur dann zum vorneherein widerrechtlich, wenn sie unhaltbar ist.

Das Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit und entsprechend das schutzwürdige Interesse des Autors an der Verbreitung wahrer Tatsachen oder vertretbarer Meinungen müssen mit dem Interesse des einzelnen verglichen werden, das darin bestehen kann, dass ein dessen Persönlichkeit verletzende Publikation nicht stattfindet oder dass die für die Öffentlichkeit bestimmte Darstellung dem Schutz seiner Persönlichkeit möglichst Rechnung trägt.

c) Das Gesetz Eine Person kann durch das Gesetz ermächtigt sein, die Persönlichkeit einer anderen Person zu verletzen. Die im Zustand berechtigter Notwehr oder im Notstand begangene Verletzung ist rechtmässig, wie dies analog aus *Art. 52 OR* hervorgeht.

3. Folgen der Widerrechtlichkeit einer Persönlichkeitsverletzung

Ist die Widerrechtlichkeit der Persönlichkeitsverletzung anzunehmen und besteht kein Rechtfertigungsgrund, so stehen dem Verletzten die besonderen Klagen zum Schutz der Persönlichkeit zur, wie sie in *Art. 28a Abs. 1 ZGB* aufgeführt sind.

III. Die Prozessbefugnis

1. Die Kläger

Die Klagen zum Schutz der Persönlichkeit können von jeder Person erhoben werden, die unmittelbar in ihrer Persönlichkeit verletzt wird oder verletzt worden ist.

2. Die Beklagten

Die Klage zum Schutz der Persönlichkeit richtet sich grundsätzlich gegen den Urheber der Verletzung (oder gegebenenfalls dessen Erben). Der Kläger kann auch mehrere Personen, die an der Verletzung mitgewirkt haben, ins Recht fassen. Es kann sich dabei als nötig erweisen, die Frage nach dem adäquaten Kausalzusammenhang zwischen der Verletzung und dem Verhalten der Person zu prüfen, gegen die der Verletzte seine Klage erhebt.

IV. Die besonderen Klagen zum Schutz der Persönlichkeit

Der Begriff der „Verletzung“ ist in einem sehr weiten Sinne zu verstehen, und zwar besonders in zeitlicher Hinsicht, da er sowohl die drohende, in der Zukunft stattfindende Beeinträchtigung der Persönlichkeit wie die in der Gegenwart bestehende und die bereits erfolgte Verletzung, die sich weiterhin störend auswirkt, erfasst. Deshalb sind verschiedene Klagemöglichkeiten vorgesehen, die diese Unterschiede des Zeitpunktes einer Verletzung berücksichtigen (*Art. 28a Abs. 1 ZGB*).

1. Die Unterlassungsklage

Die Unterlassungsklage ist immer dann möglich, wenn einer Person eine Verletzung ihrer Persönlichkeit droht (*Art. 28a Abs. 1 Ziff. 1 ZGB*). Der Kläger muss die drohende Gefahr nachweisen.

2. Die Beseitigungsklage

Die Beseitigungsklage ist dann zu erheben, wenn eine Person Gegenstand einer gegenwärtigen und noch bestehenden Verletzung ist (*Art. 28a Abs. 1 Ziff. 2 ZGB*). Sie bezweckt somit, eine Beeinträchtigung dann zu beseitigen, wenn dieser noch ein Ende gesetzt werden kann.

Der Richter, der die Klage gutheisst, verurteilt den Urheber der Verletzung unter Strafanordnung (*Art. 292 StGB*), diese zu beenden. Die Anordnung des Richters muss genau genug umschrieben sein, so dass eine Zwangsvollstreckung möglich ist.

3. Die Klage auf Feststellung der Widerrechtlichkeit der Verletzung

Gemäss *Art. 28a Abs. 1 Ziff. 3 ZGB* ist diese Feststellungsklage dann möglich, wenn eine Verletzung beendet ist, sich die entstandene Störung aber (ganz oder teilweise) weiterhin auswirkt. Sie ist deshalb im Vergleich zur Unterlassungs- und Beseitigungsklage notwendigerweise subsidiär. Dagegen hat sie nicht den gleichen Charakter im Verhältnis zu den in *Art. 28a Abs. 3 ZGB* erwähnten Klagen, wie namentlich der Genugtuungsklage, weil diese grundsätzlich nicht dazu bestimmt sind, eine weiterbestehende Störung in der Persönlichkeit des Verletzten zu beseitigen.

Die Feststellungsklage setzt voraus, dass die richterliche Feststellung, die ursprüngliche Verletzung sei widerrechtlich, ein angemessenes Mittel darstellt, um die noch andauernde Störung zu beseitigen, insbesondere wenn das Urteil veröffentlicht oder auf andere Weise mitgeteilt wird (*Art. 28a Abs. 2 ZGB*).

4. Die Mitteilung an Dritte

Das in der Praxis wichtigste Mittel zur Beseitigung einer nach beendeter Verletzungshandlung andauernden Störung ist die Veröffentlichung oder Verbreitung einer Berichtigung oder des gegen den Beklagten ergangenen Urteils (*Art. 28a Abs. 2 ZGB*). Ein solches Klagebegehren hat allerdings keine selbständige Bedeutung, sondern stellt nur eine Variante der besonderen Klagen zum Schutz der Persönlichkeit dar, deren Voraussetzungen ebenfalls erfüllt sein müssen.

V. Die anderen Klagen im Bereich des Persönlichkeitsschutzes

Diese Klagen ergänzen die besonderen Klagen zum Schutz der Persönlichkeit, aber sie stützen sich auf Bestimmungen, die eine weitergehende Bedeutung haben. Die Abgrenzung dieser Klagen von den vorhergehenden ist insoweit wichtig, als die Regelung der vorsorglichen Massnahmen grundsätzlich nur auf jene besonderen Klagen anwendbar ist (*Art. 28c–28f ZGB*).

1. Die Schadenersatzklage

Die auf den Ersatz eines aus einer Persönlichkeitsverletzung entstandenen Schadens zielende Klage gehört zum Recht der unerlaubten Handlungen und setzt voraus, dass die Bedingungen nach *Art. 41 OR* erfüllt sind. Die Widerrechtlichkeit ist dabei in der Verletzung der Persönlichkeit zu erblicken. Zu beachten ist hier insbesondere (im Vergleich zu den besonderen Klagen des Persönlichkeitsschutzrechts) das Erfordernis des Verschuldens.

2. Die Genugtuungsklage

Art. 49 OR, der auf *Art. 28a Abs. 3 ZGB* verweist, gewährt dem Opfer schwerer seelischer Leiden eine gewisse Wiedergutmachung, die normalerweise in einer Geldsumme besteht.

3. Die Klage auf Gewinnherausgabe

Wie *Art. 28a Abs. 3 ZGB* festhält, kann das Opfer einer Persönlichkeitsverletzung die Herausgabe des Gewinns verlangen, und zwar auf der Grundlage der Bestimmungen über die unechte Geschäftsführung ohne Auftrag (*Art. 423 OR*). Es handelt sich um eine Vermögensübertragung, die nicht voraussetzt, dass den Urheber der Verletzung ein Verschulden trifft. Die grösste Schwierigkeit, die sich in diesem Zusammenhang stellt, betrifft die Bestimmung der Höhe des mittels der Persönlichkeitsverletzung erzielten Gewinns (vgl. allerdings *Art. 42 Abs. 2 OR*).

VI. Der Gerichtsstand

Das Buch ist in diesem Punkt veraltet; in der Zwischenzeit ist das Gerichtsstandsgesetz in Kraft getreten.

VII. Die vorsorglichen Massnahmen

Dem Opfer einer Persönlichkeitsverletzung ist mit den ihm zur Verfügung stehenden Klagen nicht immer geholfen. Deren Beurteilung findet im Rahmen eines oft langwierigen und im Ergebnis unsicheren gerichtlichen Verfahrens statt. Damit der von einer Persönlichkeitsverletzung Betroffene einen effektiven Rechtsschutz erhält, muss er unverzüglich vom Richter

erlangen können, dass dieser eine Verletzung vorläufig verbietet oder beseitigt. Der Verletzte kann auch jeden Schutzes verlustig gehen, wenn er nicht sofort gewisse Beweise sicherstellen kann. Die vorsorglichen Massnahmen stellen deshalb ein wirksames Mittel zum Schutz der Persönlichkeit dar.

1. Voraussetzungen und Inhalt der vorsorglichen Massnahmen

a) Voraussetzungen Gemäss *Art. 28c Abs. 1 ZGB* können vorsorgliche Massnahmen angeordnet werden, wenn der Gesuchsteller glaubhaft macht, dass er in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt ist oder eine solche Verletzung befürchten muss und dass ihm aus der Verletzung ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht.

In Anbetracht der drohenden Gefahr und der Notwendigkeit eines raschen Einschreitens ist es nicht nötig, den Beweis für das Bestehen oder die Gefahr einer Persönlichkeitsverletzung und für deren Widerrechtlichkeit zu erbringen. Es genügt, das Vorliegen dieser in *Art. 28 ZGB* enthaltenen Voraussetzungen glaubhaft zu machen.

Eine dritte Voraussetzung kann dann hinzukommen, wenn der Richter die Anordnung von Massnahmen von der Leistung einer Sicherheit seitens des Gesuchstellers abhängig macht (*Art. 28d Abs. 3 ZGB*).

b) Der Inhalt der Massnahmen *Art. 28c Abs. 2 ZGB* nennt zwei wichtige Massnahmen, welche der Richter anordnen kann; er präzisiert aber auch, dass diese Aufzählung nicht abschliessend ist. Das bedeutet, dass das Bundesrecht dem Richter eine allgemeine Kompetenz gewährt, um jede für den Persönlichkeitsschutz des Gesuchstellers erforderliche Massnahme zu veranlassen, wenn die Voraussetzungen von *Art. 28c Abs. 1 ZGB* erfüllt sind. Eine solche Massnahme muss jedoch im Verhältnis zur Schwere der Verletzung, gegen die sie sich richtet, verhältnismässig sein.

Die eine dieser Massnahmen besteht darin, dass der Richter eine Verletzung vorläufig verbietet oder beseitigt (*Art. 28c Abs. 2 Ziff. 1 ZGB*). Diese Massnahme stellt in der Praxis das wichtigste Mittel dar, um dem einzelnen einen effektiven Schutz seiner Persönlichkeit zu gewährleisten. Die andere der in *Art. 28c Abs. 2 ZGB* genannten Massnahmen betrifft die Sicherstellung von Beweisen, ohne die sich die Durchsetzung des Persönlichkeitsschutzes oft als fragwürdig erweisen kann.

2. Die Sonderregelung für periodisch erscheinende Medien

Gemäss *Art. 28c Abs. 3 ZGB* kann der Richter eine Verletzung durch periodisch erscheinende Medien nur dann vorsorglich verbieten oder beseitigen, wenn drei kumulative Voraussetzungen erfüllt sind:

1. Die Verletzung muss geeignet sein, einen besonders schweren Nachteil zu verursachen;
2. es muss offensichtlich kein Rechtfertigungsgrund vorliegen;
3. die Massnahme darf nicht als unverhältnismässig erscheinen.

Obwohl *Art. 28c Abs. 3 ZGB* nicht erwähnt, dass es genügt, wenn der Gesuchsteller die erforderlichen Voraussetzungen glaubhaft macht, so ergibt es sich doch aus der Natur dieses Instituts, dass ein eigentlicher Beweis nicht verlangt werden kann. Der Richter verfügt hier über einen grossen Ermessensspielraum.

3. Das Verfahren

Das Verfahren betreffend die Anordnung vorsorglicher Massnahmen wird grundsätzlich durch das kantonale Recht geregelt. Das Bundesrecht enthält indessen einige Bestimmungen, die dem

kantonales Recht vorgehen. Dies gilt insbesondere für *Art. 28d ZGB*, der den Grundsatz und die Grenzen des Anspruchs auf rechtliches Gehör festlegt und die Möglichkeit vorsieht, vom Gesuchsteller eine Sicherheitsleistung zu verlangen.

Art. 28d Abs. 1 ZGB macht es dem Richter zur Pflicht, den Gesuchsgegner anzuhören, bevor er vorsorgliche Massnahmen anordnet. Gemäss *Art. 28d Abs. 2 ZGB* kann der Richter solche Massnahmen auf die blossere Einreichung des Gesuchs hin veranlassen, wenn es wegen dringender Gefahr nicht mehr möglich ist, die Gegenpartei vorher anzuhören. Der dringende Charakter der Massnahme entlastet den Richter nicht von der Prüfung der Voraussetzungen von *Art. 28c ZGB*, doch kann er dies nur auf der Grundlage des eingereichten Gesuchs tun. Nach der Anordnung der vorläufigen Massnahme muss der Richter den Gesuchsgegner sobald als möglich anhören, um zu überprüfen, ob sich die Massnahme rechtfertigt; er erlässt dann eine neue Verfügung, die die vorläufige Massnahme bestätigt, abändert oder aufhebt.

Vorsorgliche Massnahmen können der betroffenen Partei einen Schaden zufügen, den der Gesuchsteller grundsätzlich ersetzen muss, wenn sich die Massnahme als unbegründet erweisen sollte (*Art. 28f ZGB*). Zum Zwecke der Sicherung dieser Verpflichtung gibt *Art. 28d Abs. 3 ZGB* dem Richter die Möglichkeit, vom Gesuchsteller die Leistung von Sicherheiten zu verlangen, wenn die zu verfügende Massnahme der Gegenpartei einen Schaden zufügen kann.

4. Die Vollstreckung der Massnahme

Um die wirkungsvolle und einheitliche Anwendung der bundesrechtlichen Regelung über vorsorgliche Massnahmen im Bereich des Persönlichkeitsschutzes zu gewährleisten, sieht *Art. 28e Abs. 1 ZGB* vor, dass solche Massnahmen in allen Kantonen wie Urteile zu vollstrecken sind.

5. Die Klage in der Sache

Wie der Begriff es klarstellt, haben die vorsorglichen Massnahmen nur provisorischen Charakter. Sie können nur fortwirken, wenn sie durch den Richter in der Folge eines ordentlichen Verfahrens bestätigt werden, in dem einerseits der Kläger die behaupteten Tatsachen beweisen muss und in dem andererseits der Beklagte einen umfassenden Anspruch auf rechtliches Gehör genießt.

Ist die Klage im Zeitpunkt der Anordnung einer vorsorglichen Massnahme noch nicht eingereicht worden, so muss der Gesuchsteller dies gemäss *Art. 28e Abs. 2 ZGB* innerhalb der vom Richter festgesetzten Frist tun, spätestens aber innert 30 Tagen.

Selbstverständlich kann sich der Gesuchsteller bereits mit der vorsorglichen Massnahme zufrieden geben und sie nach der angeordneten Frist dahinfallen lassen, ohne einen ordentlichen Prozess anzustreben. Die Rechtmässigkeit der vorsorglichen Massnahme kann aber selbst Gegenstand eines Prozesses werden (*Art. 28f ZGB*).

6. Der Schadenersatz

Gemäss *Art. 28f Abs. 1 ZGB* hat der Gesuchsteller den durch die vorsorgliche Massnahme entstandenen Schaden zu ersetzen, wenn der Anspruch, für den sie bewilligt worden ist, nicht zu Recht bestanden hat. Dieser Schaden kann materieller oder ideeller Natur sein. Der Ersatzanspruch ist grundsätzlich begründet, wenn der Nachweis gelingt, dass die Massnahme nicht gerechtfertigt war, das heisst, dass die Voraussetzungen von *Art. 28 ZGB* nicht erfüllt waren. Ist die Klage in der Sache, die der Bestätigung der Massnahme dient (*Art. 28e Abs. 2 ZGB*), bereits definitiv abgewiesen worden, so nimmt der mit einer Schadenersatzklage im Sinne von *Art. 28f Abs. 1 ZGB* befasste Richter ohne neue Überprüfung an, dass die Massnahme nicht begründet war. Im Gegensatz zur allgemeinen Regel von *Art. 41 OR* ist hier das Verschulden keine Voraussetzung für das Bestehen einer Schadenersatzpflicht.

VIII. Das Gegendarstellungsrecht

Das Individuum, dessen Persönlichkeit in der Presse, am Radio oder im Fernsehen berührt wird, befindet sich gegenüber den Medien in einer eher schwachen Position, wenn es seine schutzwürdigen Interessen geltend machen will. Diese Ungleichheit soll das Gegendarstellungsrecht zumindest teilweise beseitigen helfen, indem der Person, die in ihrer Persönlichkeit betroffen ist, die Gelegenheit gegeben wird, der in den Medien enthaltenen Information ihre eigene Darstellung der Tatsachen entgegenzustellen, wozu ihr ein direkter, von jedem gerichtlichen Verfahren unabhängiger Zugang zu den Medien gewährt wird. Diese Regelung ist auch für die Medien von Vorteil, denn sie sind lediglich verpflichtet, die Gegendarstellung zu veröffentlichen; sie müssen diese nicht gutheissen, und es wird ihnen auch nicht von einem Gericht ein rechtswidriges Verhalten vorgeworfen. Das Gegendarstellungsrecht ist kein allgemeines Recht auf Kenntnis der Wahrheit.

1. Die periodisch erscheinenden Medien

Das Gegendarstellungsrecht soll erlauben, der in einem Medium enthaltenen Information die von der betroffenen Person vertretene Version entgegenzustellen. Die Gegendarstellung muss deshalb auf demselben Weg das Publikum erreichen können, das von der bestrittenen Darstellung Kenntnis erhielt (*Art. 28k Abs. 1 ZGB*). Das ist nur möglich bei Medien, die periodisch, das heisst in mehr oder weniger regelmässigen Abständen, erscheinen (*Art. 28g Abs. 1 ZGB*).

2. Die Person muss in ihrer Persönlichkeit betroffen sein: das Recht auf die Wahrheit über persönliche Tatsachen

Nach *Art. 28g Abs. 1 ZGB* setzt das Gegendarstellungsrecht voraus, dass die Person, die Gegenstand einer Tatsachendarstellung ist, in ihrer Persönlichkeit unmittelbar betroffen ist. Dieser Ausdruck vermeidet einerseits jeden Hinweis auf den Begriff der Widerrechtlichkeit; andererseits weitet er den rechtlich geschützten Bereich der Persönlichkeit aus, da die Person „betroffen“ sein kann, auch wenn sie keine Verletzung ihrer Persönlichkeit erleidet. Wer durch eine Tatsachendarstellung betroffen ist, kann deshalb das Gegendarstellungsrecht ausüben, ohne einen widerrechtlichen Inhalt der bestrittenen Behauptung oder das Vorliegen einer eigentlichen Persönlichkeitsverletzung nachweisen zu müssen.

3. Das Recht auf Gegendarstellung gilt nur bei Tatsachendarstellungen

Der Gesetzgeber hat deutlich zum Ausdruck gebracht, dass das Gegendarstellungsrecht nur bei der Darstellung von Tatsachen möglich ist und bei Meinungsäusserungen ausgeschlossen ist. Wer auf eine Tatsachendarstellung reagieren will, muss deshalb mit Tatsachen antworten. Das Gegendarstellungsrecht erlaubt es nicht, den Journalisten und seine Arbeitsmethoden zu kritisieren.

4. Die Form der Tatsachendarstellung

Das Recht auf Gegendarstellung entsteht bei jeder Darstellung persönlicher Tatsachen in Presse, Radio, Fernsehen oder anderen Medien. Eine blosser Anspielung genügt, sofern die Identität der betroffenen Person erkennbar ist.

5. Der Ausschluss der Gegendarstellung bei der Wiedergabe der öffentlichen Verhandlungen einer Behörde

Art. 28g Abs. 2 ZGB schliesst das Gegendarstellungsrecht aus, wenn über öffentliche Verhandlungen einer Behörde wahrheitsgetreu berichtet wurde und wenn die betroffene Person an den Verhandlungen teilgenommen hat.

6. Die Ausübung des Gegendarstellungsrecht

a) Das Recht, von der bestrittenen Darstellung Kenntnis zu nehmen Bevor jemand die Zweckmässigkeit einer Gegendarstellung beurteilen und deren Inhalt festlegen kann, muss er zunächst von der ihn betreffenden Darstellung Kenntnis nehmen können (*Art. 28l Abs. 1 ZGB*).

b) Die Form der Gegendarstellung Wer das Recht auf Gegendarstellung ausüben will, muss in knapper Form (*Art. 28h Abs. 1 ZGB*) einen Text ausarbeiten (*Art. 28h Abs. 1, Art. 28i Abs. 1 ZGB*). „Knapp“ bedeutet aber nicht „kurz“, was bedeutet, dass der Text der Gegendarstellung nicht unbedingt kürzer als der verletzende Text sein muss.

c) Der Inhalt der Gegendarstellung Wie *Art. 28h Abs. 1 ZGB* festhält, muss sich der Inhalt der Gegendarstellung auf den Gegenstand der beanstandeten Darstellung beschränken. Überdies darf die Gegendarstellung als solche keinen rechtswidrigen Inhalt haben (vgl. *Art. 28h Abs. 2 ZGB*).

d) Das Gesuch um Veröffentlichung Wer das Gegendarstellungsrecht ausüben will, muss ein Gesuch stellen, indem er den Text der Gegendarstellung an das Medienunternehmen absendet (*Art. 28i Abs. 1 ZGB*). Unter dem Medienunternehmen ist der verantwortliche Herausgeber zu verstehen, der über die Macht verfügt, die Veröffentlichung anzuordnen oder zu verweigern. Zu beachten sind insbesondere die Fristen des *Art. 28i Abs. 1 ZGB* (relative und absolute Verwirkungsfristen).

e) Der Entscheid des Medienunternehmens Ist die Gegendarstellung eingetroffen, so hat sich das Medienunternehmen unverzüglich zu entscheiden (*Art. 28i Abs. 2 ZGB*). Stimmt es der Veröffentlichung zu, so muss es den Verfasser über deren Zeitpunkt informieren. Wenn es die Gegendarstellung zurückweist, muss es nicht nur dem Betroffenen seinen Entscheid mitteilen, sondern auch die Gründe angeben.

7. Die Veröffentlichung der Gegendarstellung

a) Die Modalitäten der Veröffentlichung Das Gegendarstellungsrecht kann seinen Zweck nur erfüllen, wenn alles vorgekehrt wird, damit die Gegendarstellung den gleichen Personenkreis erreichen kann wie die beanstandete Tatsachendarstellung (*Art. 28k Abs. 1 ZGB*). *Art. 28k Abs. 1 ZGB* setzt zwar keine Frist, doch verlangt er, dass die Gegendarstellung „sobald als möglich“ zu veröffentlichen sei.

Gemäss *Art. 28k Abs. 2 ZGB* ist die Gegendarstellung als solche zu kennzeichnen. Sie muss auch den Namen des Verfassers enthalten und ist ohne Änderungen zu veröffentlichen.

b) Das beschränkte Recht auf Replik *Art. 28k Abs. 2 ZGB* lässt ein Recht auf Replik nur in sehr engen Grenzen zu. Das Medienunternehmen darf unmittelbar eine Erklärung anfügen, aber nur, um anzugeben, ob es an seiner Tatsachendarstellung (ganz oder teilweise) festhält und auf welche Quellen es sich stützt.

c) Die Kostenlosigkeit der Gegendarstellung *Art. 28k Abs. 3 ZGB* sieht vor, dass die Veröffentlichung der Gegendarstellung kostenlos erfolgt.

8. Die Anrufung des Richters

Art. 28l Abs. 1 ZGB nennt drei Situationen, in denen sich der Verfasser einer Gegendarstellung mit einer „Klage auf Ausübung des Gegendarstellungsrechts“ an den Richter wenden kann:

wenn das Medienunternehmen die Ausübung dieses Rechts verhindert, die Veröffentlichung verweigert oder wenn es diese nicht korrekt ausführt.

Hält der Richter das Begehren für begründet, so verurteilt er das Medienunternehmen, entweder die Gegendarstellung zu veröffentlichen oder dem Kläger die Ausübung seines Rechts zu ermöglichen, und zwar unter Strafandrohung nach *Art. 292 StGB*. Ist die Gegendarstellung bereits einmal veröffentlicht worden, doch auf eine Weise, die den Modalitäten nach *Art. 28k Abs. 1 und 2 ZGB* nicht entspricht, so muss eine neue und diesmal korrekte Veröffentlichung stattfinden.